

2

Breve esboço da teoria constitucional pós-1945: a problemática da normatividade autônoma da constituição

Sumário do capítulo: 2.1. Dinâmica: constituição, direitos fundamentais, hermenêutica/interpretação, tribunais constitucionais e normatividade autônoma; 2.2. A normatividade autônoma na base da teoria constitucional pós-1945: Hesse, Häberle, Müller e Zagrebelsky; 2.3. Normatividade autônoma em crise.

Neste capítulo, ainda que de maneira não exaustiva, destacar-se-á que a teoria constitucional pós-1945 é caracterizada por uma específica leitura da normatividade da constituição: sua força normativa ou, como preferimos, sua *normatividade autônoma*. Isso é revelado, inicialmente, ao atentarmos para a articulação dinâmica – voltada ao fenômeno jurídico-político – de quatro dimensões importantes da teoria constitucional: constituição, direitos fundamentais, hermenêutica/interpretação, tribunais constitucionais. Constatar-se-á a normatividade autônoma, além disso, mediante a análise de textos de autores que se destacaram, no âmbito da tradição romano-germânica, na construção da teoria constitucional pós-1945 e que serviram de arrimo à sua internalização no Brasil. Sinaliza-se, enfim, que vivenciamos modificações no cenário sócio-político-econômico que exigem, no início do século XXI, uma nova compreensão da normatividade se se almeja um horizonte emancipatório.

2.1

Dinâmica: constituição, direitos fundamentais, hermenêutica/interpretação, tribunais constitucionais e normatividade autônoma

Na segunda metade do século XX, ao término dos anos da grande crise ocidental, sob o que denominamos teoria constitucional pós-1945, é reafirmada e consolidada a tese do constitucionalismo clássico no sentido de que as

constituições detêm uma espécie de normatividade autônoma, de vida ativa própria, não instrumentalizada pelos fatores reais de poder que Lassalle sustentava, no século XIX, consubstanciarem a essência das constituições.¹

Reitera-se, num nível elevado de complexidade, após a traumática experiência das Grandes Guerras Mundiais e do avanço dos regimes totalitários, notadamente do nacional-socialismo alemão, o processo histórico da modernidade que reveste sob a forma jurídica o universo simbólico responsável pela reprodução da vida em sociedade. Não se trata, contudo, de uma forma jurídica pura. Essa *judicialização* é multifacetada e influenciada por um plexo de variáveis, tendo em vista, de modo específico, que o direito, além de *autorizar*, permitir, regulamentar, sancionar e proibir condutas, cumpre importante função social *integradora*, apoiando-se num nexos interno entre ordenação e fundamentação.²

A judicialização opera, principalmente nesses últimos 60 anos, pela via da constituição e de seu entrelaçamento com a moral e a política, nada a obstar se possa mesmo falar, sem equívocos e talvez numa metonímia, apenas em *constitucionalização*. Isso se deve, indicam as experiências alemã dos anos de 1930 e norte-americana do *New Deal*, ao desgaste da(s) noção(ões) liberal(is) de lei e de legalidade que, na primeira metade do século XX, viram aumentar a atuação legiferante do Executivo e a materialização ou substancialização do ordenamento, bem assim a necessidade de se incorporar essa flexibilização numa forma que mantivesse a segurança e a estabilidade necessárias ao desenvolvimento do capitalismo e do próprio ordenamento político-jurídico – ainda que uma segurança e estabilidade conquistadas ou construídas em meio à fragmentariedade e à heterogeneidade do mundo.

A constituição é rerepresentada para harmonizar essa problemática e manter as pretensões de controle do poder do Estado num ambiente que não mais suportava o excessivo formalismo da legalidade e do constitucionalismo

¹ LASSALLE, Ferdinand, *A essência da Constituição*, p. 32: “Esta é, em síntese, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”.

² HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. I, p. 94-112. Habermas atribui a Max Weber o desvendar dessa característica do direito racional que, ele, Habermas, irá utilizar na sua compreensão do direito: “Max Weber faz jus a esse nexos interno entre princípio de ordenação e de fundamentação no nível da teoria da ação (...)” (p. 101). Por ordenação se ressalta a dimensão empírica, objetiva, reguladora do agir social. Por fundamentação, volta-se à dimensão subjetiva, axiológica, “justificadora” da ordem.

clássicos.³ Daí – acreditamos – a *constitucionalização*, pela qual a própria noção de constituição é transformada.

Segundo esclarece Paolo Comanducci, um direito constitucionalizado “(...) se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos”. E, citando Riccardo Guastini, arrola as principais condições desse processo:

- 1) existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales; 2) la garantía jurisdiccional de la Constitución; 3) la fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas programáticas sino preceptivas); 4) la ‘sobreinterpretación’ de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos); 5) la aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares; 6) la interpretación adecuada de la ley.⁴

Simbolizando a constituição, assim, todo o direito, pode-se nela identificar uma *normatividade ampla*, ou seja, uma dimensão ordenadora que, superando a legalidade clássica, viabiliza promover a integração social sob a forma jurídica. Atendo-se, contudo, às condições referidas por Guastini é possível verificar que, nesse processo de mutação, a própria idéia de constituição é atualizada, aperfeiçoando-se, a partir do Estado de Bem-Estar Social da segunda metade do século passado, uma *normatividade específica, autônoma*, sobre a qual se sustenta ser a constituição mesma detentora de uma especial capacidade de regular, dirigir e influir na vida, na realidade.^{5 6}

³ Sobre o tema confira-se ZABREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, 1995. Também: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. Neoconstitucionalismo: constitucionalização do ordenamento jurídico e a releitura do princípio da legalidade administrativa. In: *Perspectivas da teoria constitucional contemporânea*. VIEIRA, José Ribas (coordenador). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁴ COMANDUCCI, Paolo, Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico, 2002, p. 16. Ver, também: CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003.

⁵ A noção de *normatividade* decorre dos embates referentes à relação entre direito e política, especialmente, em razão das diferentes maneiras como cada uma dessas esferas de conhecimento aborda o poder. Sobre o assunto ver BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000. p. 159-265.

⁶ Bastante ilustrativo sobre a teoria pós-1945, distinguindo a teoria formal da constituição, em que esta é considerada “simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de procedimentos”, da teoria material, segundo a qual a constituição “deve aspirar transforma-se num plano global que determina tarefas, estabelece programas e define fins para o Estado e para a sociedade”, além de tratar das concepções procedimentalistas confira-se BERCOVICI, Gilberto, *Constituição e política: uma relação difícil*, 2004. Segundo o autor: a “questão da normatividade da Constituição tornou-se crucial para a Teoria da Constituição, não com relação às críticas mais conservadoras ou ao debate entre teorias materiais e processuais da Constituição, mas tendo em vista o papel dos novos tribunais constitucionais (...) O resultado foi a revalorização da normatividade constitucional também pelas teorias materiais da Constituição.” Em seguida, assumindo postura crítica sobre o tema: “A Constituição não pode ser entendida como entidade normativa independente e autônoma, sem história e temporalidade próprias (...) adequada ao

Essa específica normatividade serve de base às principais noções da teoria constitucional – constituição, direitos fundamentais, hermenêutica/interpretação constitucional⁷ e tribunais constitucionais (jurisdição constitucional) – que, por sua vez, são manejadas por distintas orientações políticas.⁸ Vejamos tal articulação, ainda que em breve síntese, de molde a desde agora enfatizar a necessidade de voltar a atenção à perspectiva dinâmica do *fenômeno jurídico-político*.⁹

A Assembléia Constituinte e seu resultado – a Constituição de 1988 – foram influenciados sobremaneira, acentua Gisele Cittadino,¹⁰ pelo constitucionalismo comunitário brasileiro que, por sua vez, reproduz em muitos aspectos a teoria constitucional européia pós-1945. De acordo com essa perspectiva – sem pretensão alguma de adentrar em suas distinções intestinas – a pretensão normativa da constituição não só é restabelecida como ampliada na tentativa de compreender questões referentes à justiça social. Abertura constitucional, apelo a valores, função dirigente da constituição e corte constitucional são produtos dessa orientação teórica. Força normativa da constituição¹¹ e axiologia constitucional são seus pressupostos.

A *constituição*, nessa linha de entendimento, condensa e conecta valores compartilhados em uma determinada comunidade. Expressa uma ordem de preferências – e nela se arrima – sobre o que determinado grupo considera bom. Os *direitos fundamentais*, aí, não consubstanciam simples limitações ao Estado. Tratam de restrições impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado, revelando uma dimensão objetiva que incorpora no direito positivado –

espaço. (...) O pensamento constitucional precisa ser reorientado para a reflexão sobre conteúdos políticos. Talvez devamos retomar a proposta de Loewenstein, que entendia a Teoria da Constituição como uma explicação realista do papel que a Constituição joga na dinâmica política.”

⁷ Por razões didáticas, empregamos hermenêutica e interpretação em sentido equivalente. Não se olvide, contudo, a acepção distinta dos termos na literatura jurídica contemporânea.

⁸ As orientações comunitária, liberal e procedimental-deliberativa mereceram destaque por estarem mais presentes no ambiente teórico-constitucional brasileiro, não esgotando, de modo algum, a multiplicidade do cenário político, marcado por diferenças de tradição (liberal, elitista, holista), de enfoque (crítico, empírico, normativo, institucionalista, desconstrutivista, ambiental, feminista, etc) e de método.

⁹ A expressão é aqui utilizada, notadamente, na falta de outra melhor, para salientar que a categoria da exceção permanente sobre a qual se disserta e se especificará nos capítulos seguintes é contrária à sistemática de entendimento calcada numa normatividade autônoma da constituição.

¹⁰ Referimo-nos a CITTADINO, Gisele, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, 2004, p. 11 *passim*. Confira-se, ainda: CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Luiz Werneck Viana (org.). 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

¹¹ É célebre o debate dos escritos de Konrad Hesse e Lassale: HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

“público” e “privado” – aqueles valores em comum. Escrevendo sobre a situação do direito constitucional alemão na década de 90 do século passado, Konrad Hesse deixa clara a influência dessa dimensão objetiva – que se soma à subjetiva – na composição dos direitos fundamentais:

La interpretación actual de los derechos fundamentales como principios objetivos no sólo del ordenamiento constitucional, sino del ordenamiento jurídico en su conjunto, supera ampliamente dichos planteamientos originarios. (...) la Ley Fundamental, que no quiere ser de ningún modo un orden neutral de valores, ha erigido en la sección correspondiente a los derechos fundamentales un orden axiológico objetivo, y él se expresa con valor de principio un robustecimiento de la fuerza normativa de los derechos fundamentales (...)¹²

E, embora o autor não ignore as críticas dirigidas a tal dimensão valorativa, reconhece que “esta interpretación produce efectos de gran calado que aparecen por doquier en la jurisprudencia constitucional.”¹³

Os direitos fundamentais fazem parte da consciência ética e jurídica. Concretiza-os a decisão política da comunidade histórica mediante efetiva participação do grupo de *intérpretes da Constituição*.

Ao *tribunal constitucional* incumbe, por instrumentos processuais específicos e por uma *hermenêutica concretizadora*,¹⁴ assegurar a efetividade dos valores e dos direitos deles derivados.

A norma de direito, especialmente a da constituição, não está pronta e acabada somente com a elaboração do texto legislativo. Cuida, em vez disso, de um “núcleo materialmente circunscritível da ordem normativa”¹⁵ que será concretizado no caso individual, na norma de decisão dos tribunais.¹⁶ Ao não consubstanciar a norma, portanto, procedimento apenas cognitivo, imprescindível voltar os olhos também aos *tribunais constitucionais*. É o que deixa claro a tradição norte-americana do *judicial review* que fomentou, naquele país, uma espécie de direito jurisprudencial, materializado, que se difundiu no ocidente e pode ser sintetizado da seguinte maneira: “a existência da Constituição como lei

¹² HESSE, Konrad, *Constitución y Derecho Constitucional*, 2001, p. 91-92.

¹³ *Ibid.*, p. 93.

¹⁴ Sobre a concretização no âmbito da jurisprudência dos valores alemã ver LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Alinhado à escola hermenêutica concretizadora, que não aceita um sistema de valores deduzidos racionalmente, mas suscetível de ser apreendido nos dados da cultura ou no ‘domínio do normativo’, tem-se MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3ª ed. rev. e ampl.. Renovar: Rio de Janeiro/São Paulo/Recife, 2005.

¹⁵ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 48.

¹⁶ *Idem*.

suprema implica a sua metamorfose: *a jurisdição, chamada a defendê-la, necessariamente a transforma.*”¹⁷

Uma constituição que capta e expressa os valores da comunidade conduziu, na vertente pós-1945, exatamente por isso, em direção à normatividade autônoma. Via de regra os textos jurídicos hão de refletir uma certa axiologia subjacente. No discurso comunitário que serviu de base ao desenvolvimento da teoria constitucional no Brasil, todavia, a constituição passa de receptora à produtora da vida em comum. A constituição que, num primeiro momento, capta os valores da comunidade, há de expressar, ativamente, diretivas capazes de os salvaguardar e controlar as inovações. Daí certa preferência no sentido de que os direitos fundamentais sejam exigidos com mais intensidade no âmbito comedido dos tribunais e a hermenêutica se revele imprescindível espaço de ação.

Como acentua Ingeborg Maus, estaria a se disfarçar um decisionismo dos órgãos oficiais de interpretação da constituição – em específico dos tribunais constitucionais – sob o manto de uma ordem valorativa.¹⁸

A realidade, nada obstante, é externa à norma. Inicialmente a alimenta para, em seguida, filtrada pelo discurso institucional do direito, ser por ela ativada.

Haveria nessa perspectiva, ademais, excessiva confiança antropológica nas tradições.¹⁹ Noutras palavras: uma exagerada necessidade de que o legado sócio-cultural seja confiável e aceito pelos cidadãos para que se possa fazer valer uma ordem constitucional arrimada em valores compartilhados.

Não indica nossa história, contudo – e esse é o maior problema – a existência de alguma “confiança” em instituições, tradições ou princípios nem haver sido a normatividade constitucional capaz de encontrar correspondência adequada com a realidade. Tem-se, em vez disso, um Estado assentado na exploração, na segregação, na racialização, no privilégio de grupos econômicos, no autoritarismo e num certo militarismo.²⁰

De semelhante conclusão não escapa a *visão liberal*, que manifesta a crença numa constituição não delineada por valores, mas por princípios assegurados,

¹⁷ VIEIRA, J. R., *Da vontade do legislador ao ativismo judicial: os impasses da jurisdição constitucional*, p. 227.

¹⁸ MAUS, Ingeborg, *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’*, 2000, p. 192.

¹⁹ Cf. CITTADINO, Gisele, *Princípios constitucionais, direitos fundamentais e história*, p. 101-108.

²⁰ Sobre o tema, de modo sintético, confira-se VIEIRA, José Ribas, *O autoritarismo e a ordem constitucional no Brasil*, 1988. Ao Prof. Ribas deve-se atribuir o ineditismo de tratar a constituição sob a *categoria da exceção*, ainda que utilizado o sintagma num sentido diferente daquele a que se refere a categoria da *exceção permanente* aqui postulada.

precipuamente, por intermédio da atuação de bloqueio do tribunal constitucional.

De acordo com a perspectiva liberal contemporânea, a *constituição* estabelece um procedimento capaz de assegurar direitos e liberdades básicas. Destaca John Rawls, arrimado nas idéias de Agresto, que “uma constituição democrática é a expressão, fundada em princípios, na lei mais alta, do ideal político de um povo de se governar de uma certa maneira”.²¹ Esse ideal, para Rawls, é articulado pela *razão pública*.

A sociedade política e todo agente razoável e racional²² têm, na visão do autor,

uma fórmula de articular seus planos, de colocar fins numa ordem de prioridade e de tomar suas decisões de acordo com esses procedimentos. A forma como uma sociedade faz isso é **sua razão**; a capacidade de fazê-lo também é sua razão, embora num sentido diferente: é uma capacidade intelectual e moral, baseada nas capacidades de seus membros humanos.²³ (grifou-se)

A razão da sociedade é a “razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o *status* da cidadania igual”²⁴, mostrando como as coisas devem ser.²⁵ Seu objetivo é o bem público: “aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica das instituições da sociedade e dos objetivos e fins a que devem servir”.^{26 27}

²¹ RAWLS, J., *O pluralismo político*, p. 282.

²² *Ibid.*, p. 93-97: “As pessoas são razoáveis em um aspecto básico quando, entre iguais, por exemplo, estão dispostas a propor princípios e critérios como termos eqüitativos de cooperação e submeter-se voluntariamente a eles, dada a garantia de que outros farão o mesmo. Entendem que essas normas são razoáveis a todos e, por isso, as consideram justificáveis para todos, dispondo-se a discutir os termos eqüitativos que outros propuseram”. Isso corresponderia a um desejo moral básico do ser humano. O razoável, por sua vez, “é um elemento da idéia de sociedade como um sistema de cooperação eqüitativa (...) Os agentes razoáveis e racionais são normalmente as unidades de responsabilidade da vida política e social (...) O racional é uma forma distinta do razoável; aplica-se a um agente único e unificado (quer seja um indivíduo ou uma pessoa jurídica), dotado das capacidades de julgamento e deliberação ao buscar realizar fins e interesses peculiarmente seus. O racional aplica-se à forma pela qual esses fins e interesses são dotados e promovidos, bem como à forma segundo a qual são priorizados. Aplica-se também à escolha dos meios (...) Na justiça como eqüidade, o razoável e o racional são considerados duas idéias básicas distintas e independentes. (...) Dentro da idéia da cooperação eqüitativa, o razoável e o racional são noções complementares. Ambos são elementos dessa idéia fundamental, e cada um deles conecta-se com uma faculdade moral distinta – respectivamente, a capacidade de ter um senso de justiça e com a capacidade de ter uma concepção de bem. (...) Outra diferença básica entre o razoável e o racional é que o razoável é público de uma forma que o racional não é. Isso significa que é pelo razoável que entramos como iguais no mundo público dos outros (...)”.

²³ *Ibid.*, p. 261.

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Ibid.*, p. 262.

²⁶ *Idem.*

²⁷ Em síntese, expõe o autor na página 309 que a estrutura básica é “a maneira pela qual as principais instituições sociais se encaixam no sistema, e a forma pela qual essas instituições distribuem os direitos e deveres fundamentais e moldam a divisão dos benefícios gerados pela cooperação social”.

A razão, assim, é pública, segundo Rawls, em três sentidos:

[E]nquanto a razão dos cidadãos como tais, é a razão do público; seu objeto é o bem público e as questões de justiça fundamental; e a sua natureza e conceito são públicos, sendo determinados pelos ideais e princípios expressos pela concepção de justiça política da sociedade e conduzidos à vista de todos sobre a base.²⁸

A razão pública depositada na constituição, no entanto, não há de impor limites a todos os setores da vida e a todas as questões políticas. Restringe-se, em vez disso, aos elementos constitucionais essenciais e às questões de justiça básica. A constituição liberal é, dessa sorte, constituição-garantia, afigurando-se “melhor não sobrecarregá-la com muitos detalhes e qualificações”.²⁹

Os *direitos fundamentais* – que compõem a razão pública – referem-se às liberdades básicas. Abrangem, via de regra, aqueles direitos que a doutrina jurídica costuma adjetivar de direitos de primeira geração/dimensão sem descuidar, ao menos em nível teórico, de inserir garantias existenciais mínimas.³⁰

A razão pública incide em um espaço determinado, um fórum público, que integra cidadãos e autoridades do Estado. Os *tribunais constitucionais* aplicam a razão pública – limitada às questões essenciais – e evitam que a lei seja corroída pela legislação de maiorias transitórias. Não agem, entretanto, sustenta Rawls, de maneira apenas defensiva. Antes, conferem “uma existência apropriada e contínua à razão pública, ao servir de exemplo institucional”³¹. O papel de instituição exemplar decorre, para Rawls, de se reconhecer que a “constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim, o que o povo, agindo constitucionalmente por meio de outros poderes, permitirá à Corte dizer o que ela é.”³²

Se a constituição expressa a razão pública limitada às questões mais essenciais e se os direitos outra sorte não têm senão as liberdades básicas, em

²⁸ RAWLS, John, loc. cit..

²⁹ Ibid., p. 282.

³⁰ Para Rawls está pressuposto em seu primeiro princípio de justiça a noção de garantias básicas de existência: “(...) o primeiro princípio, que trata dos direitos e liberdades básicos e iguais, pode facilmente ser precedido de um princípio lexicamente anterior, que prescreva a satisfação dessas necessidades básicas dos cidadãos, ao menos à medida que a satisfação dessas necessidades seja necessária para que os cidadãos entendam e tenham condições de exercer de forma fecunda esses direitos e liberdades. É evidente que um princípio desse tipo tem de estar pressuposto na aplicação do primeiro princípio”. (pp. 49-50) Ver também BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, notadamente as páginas 123-139. E: LOBO TORRES, Ricardo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. In: *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

³¹ Ibid., p. 286.

³² Ibid., p. 288. Rawls, nesse ponto, segue bem de perto a tese exposta em ACKERMAN, Bruce. *We the people: Foundations*. Cambridge: The Belknap Press & Harvard University Press, 1991.

muito pouco – só o mínimo, quem sabe –, poderá contribuir o povo por intermédio dos canais institucionais ou não.

A *interpretação constitucional* deverá, com efeito, instrumentalizar os juízes para que reflitam a razão pública, viabilizando que os magistrados se utilizem dos “valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e de seus valores políticos de justiça e razão pública”³³.

Esclareça-se, como orienta o próprio Rawls, que valores, aqui, diferentemente da perspectiva comunitária, não representam uma concepção ética, mas um conjunto de princípios deontológicos influenciados, sem dúvidas, por ideais. Isso não obstante, ainda que uma axiologia constitucional não seja invocada na perspectiva liberal, sob a razão pública permanece a difícil separação ente os planos axiológico e deontológico.

O pressuposto da normatividade autônoma na visão liberal é evidente. Mais ainda, talvez, do que na perspectiva comunitária. Para “só” se concretizarem princípios deontológicos a normatividade específica da constituição é imprescindível. Uma constituição que aspira a ser portadora de normas tem de atuar, ela própria, sobre a vida, dirigi-la. Não por outro motivo, acreditamos, os liberais brasileiros sempre pugnaram pela diminuição da constituição.

A realidade, também aqui, é externa à norma, servindo, por vezes, para se aprisionar ou desestabilizar mais ainda a vida ativa da constituição e, com isso, reprimir impulsos de criatividade e inovação que residem fora da constituição.

Via alternativa é apresentada por um procedimentalismo centrado, especificamente, em premissas discursivas muito bem lançadas por Habermas,³⁴ para quem, nas sociedades contemporâneas, a democracia não pode se fundar nem em princípios substantivos nem em valores compartilhados, mas apenas em procedimentos garantidores da formação da vontade democrática – e essa seria a substância da *constituição*.³⁵

³³ Ibid., p. 287.

³⁴ Especialmente HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II. Também: VELASCO, Juan Carlos. Para ler Habermas. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

³⁵ Destaque-se que a visão de Habermas, ainda que aqui esteja agrupada no marco teórico pós-1945, apresenta complexidade e peculiaridades que, apesar de não serem objeto de análise nesta dissertação, colocam-na, sem dúvida, numa etapa de transição teórica. A superficialidade com que se esboçou as conclusões do autor, contudo, não deixará defasada a pesquisa. Diga-se isso, principalmente, porque a virada em direção a um procedimentalismo já se expressava em Kelsen e Bobbio, como bem aduz Boaventura de Souza Santos e Leonardo Avritzer em: SANTOS, B. de S. (org.), *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*, p. 44 et. seq.

Opera-se, nesse caso, na direção da moral social kantiana, segundo a qual, assevera Maus, a conduta seria determinada pela sua compatibilidade com um processo de verificação:

Kant entrega a faticidade da construção da moral social à ‘antropologia empírica’ e desenvolve na sua filosofia da moral, com o princípio do imperativo categórico, um processo de verificação da universalidade das máximas de agir, o qual deve ser enfrentado por todos os indivíduos. A utilização de uma instância moral pretende nesse sentido romper com a linha tradicional dos arranjos morais empíricos exatamente pelo fato de submeter expectativas de condutas, normais morais e modelos éticos às máximas do processo de verificação do imperativo categórico, em vez de considerá-los vinculantes e indicá-los como modelos a serem seguidos.³⁶

Habermas assume que representações – individuais – distinguem-se de pensamentos – que ultrapassam os limites da consciência singular, empírica – para dizer que uma proposição formulada por interlocutores se assenta num substrato de “idealidade”. O conteúdo do pensamento está vinculado – e é determinado – por um estado de coisas que pode ser expresso numa proposição assertórica.

Além do conteúdo assertivo, há uma determinação ulterior: “se ele é verdadeiro ou falso”. O sentido veritativo, destaque-se, não se remete à existência do objeto sobre o qual se faz a assertiva, mas à “permanência de um estado de coisas correspondente”³⁷ reconhecido intersubjetivamente, um certo conteúdo ideal que, embora só possa ser acessado de maneira aproximada, precisa ser admitido no âmbito dos fatos.

Adota Habermas o pressuposto de que no interior de um mundo compartilhado pelos sujeitos, numa comunidade de interpretação, é que se formam as proposições e se produzem os pensamentos. A verdade – ou o verdadeiro – é explicitada a partir da pretensão existente de que a proposição formulada por alguém será por outrem, não sem crítica, compreendida, tendo-se em conta uma espécie de “consenso obtido por condições ideais”. A verdade emerge como resgate de um pretensão de validade criticável e o real é o que “pode ser representado em proposições veritativas”.³⁸

Na sociedade, essa estrutura lingüística-comunicacional é igualmente constatada por Habermas.

O agir comunicativo, que tem em vista “o entendimento lingüístico como mecanismo de ordenação da ação, faz com que as suposições contrafactuais

³⁶ MAUS, Ingeborg. op. cit., p. 189.

³⁷ HABERMAS, J., op. cit., p. 32.

³⁸ Idem.

daqueles que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata para a construção de ordens sociais”.³⁹ A tensão entre faticidade e validade, nesse contexto, seria estabilizada, segundo Habermas, na “integração social realizada por intermédio do direito positivo”.⁴⁰ Isso é esclarecido pelo autor pela referência ao mundo da vida, ao risco de dissenso e à regulamentação normativa de interações.

O mundo da vida, “um complexo de tradições entrelaçadas, de ordens legítimas e de identidades pessoais (...) preconizado pelo agir comunicativo”,⁴¹ incorpora a idealidade pressuposta pelas pessoas que se comunicam. Há, contudo, embutido no entendimento comunicativo, um risco de ruptura, de dissenso, resultante da própria tomada de posição crítica do receptor da mensagem. Risco que se agrava nas sociedades secularizadas e complexas, uma vez que num universo de maior pluralização de formas de vidas e de individualização de histórias de vida, no qual não há mais espaço para ordens normativas mantidas por referências meta-sociais, as zonas de convergência que se encontram na base do mundo da vida são inibidas.⁴²

Para obstar a dissolução é necessário se estabelecer uma regulamentação normativa de interações marcada por duas condições contraditórias: de um lado, a necessidade de estabelecer modificações que façam alguém, ainda que o ator estratégico, adaptar seu comportamento a um linha desejada; de outro, mister desenvolver, por essa regulamentação, uma força integradora – entra em cena o direito.

O direito apresenta tanto uma dimensão de validade social, ou seja, da sua possível aceitação pelos membros da coletividade e controle de suas condutas, como de legitimidade (ou só validade), medida pela “resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa”, pela fundamentação das normas: a aceitação da ordem jurídica é distinta da aceitabilidade dos argumentos sobre a qual ela se apóia. Dessa sorte, por intermédio do direito, que funciona como uma ordem capaz de mediar a comunicação e manter unidas pessoas que atuam de maneira estratégica, preocupadas com seu próprio sucesso, e aquelas que agem desinteressadamente, alcança-se a almejada integração social.

³⁹ Ibid., p. 35.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Ibid., p. 42.

⁴² Ibid., p. 44.

A normatividade, nesse contexto, emerge como um tipo de pressuposto da faticidade, porquanto o direito extrai sua força do entrelaçamento entre a *aceitação*, garantida pela coerção e pela orientação induzida da conduta, e a *aceitabilidade*, a pretensão de legitimidade que se acenta na idéia de autolegislação.

Mas não é só o direito que promove integração. Mecanismos de mercado e de poder administrativo – o sistema – também produzem integração social. O direito com eles interage, por vezes promovendo-os – nível externo da tensão entre faticidade e validade. O direito mantém, como meio organizacional de uma dominação política, característica extremamente ambígua. Com freqüência, “o direito confere a aparência de legitimidade ao poder ilegítimo”⁴³. Por outro lado, por se vincular a uma instância de solidariedade, assentado também no mundo da vida, o direito é capaz de funcionar como um elemento transformador do sistema.

A evitabilidade da instrumentalização do direito e da constituição, sua metonímia contemporânea, passa, especialmente, pela associação da produção do direito a um Estado Democrático de Direito, em que se conciliam as leis de coerção e de liberdade pela fixação de direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, da produção do direito pelos cidadãos. O direito não vale apenas porque é posto, mas porque é posto de acordo com um procedimento democrático.

Nada disso obstante, ainda que flexibilizado ou relativizado, aí também se detecta o pressuposto da normatividade específica ou autônoma da constituição que caracteriza a teoria pós-1945.

A constatação de o direito e, por conseguinte, a constituição ser capaz de funcionar como um elemento transformador do sistema no Estado Democrático de Direito recebe especial relevância. Para resguardar o procedimento democrático – assim como para garantir valores e princípios – tomar a constituição como norte da vida se torna imprescindível. Isso é acentuado quando se constata que a realidade continua exterior, representada, no dizer de Habermas, em proposições veritativas.

A identidade social, nessa perspectiva, é promovida por uma cidadania juridicamente participativa que se expressa por canais jurisdicionais e também, diretamente, pela mobilização e pressão política sobre os tribunais e outras instituições, consolidando o discurso jurídico como imprescindível mecanismo de racionalização do poder e das relações sociais. E a crença na potencialidade do

⁴³ Ibid., p. 62.

discurso jurídico se mostra assentada no pressuposto da específica normatividade da constituição, na sua capacidade de ordenar, por si só, a realidade política e social.

Os *direitos fundamentais* representam princípios universais que, positivados na constituição e na legislação infraconstitucional por mecanismos democráticos, viabilizam a comunicação intersubjetiva⁴⁴ e o procedimento mesmo de formação da vontade política.

Os *tribunais constitucionais*, mediante técnicas de *interpretação e hermenêutica* de caráter principiológico, servem à proteção do processo de criação democrática do direito. Funcionam como arenas de debates e deliberações sobre assuntos públicos e coletivos, ensejando a participação dos atores sociais no processo decisório mediante a apresentação de argumentos racionais.⁴⁵ Os tribunais vêem-se invadidos pela presença de diversos grupos sociais e compõem uma espécie de instância intermediadora – pois intermediador também é o direito – entre os impulsos comunicativos do mundo da vida, o entorno simbólico e cultural em que as pessoas compartilham pré-compreensões de experiências e que dá sentido à vida, e o sistema, o domínio em que as ações das pessoas são determinadas por lógicas de interesse e de utilidade, em específico, a lógica do dinheiro, do mercado, do poder e do Estado.

A solução tem forte teor conciliatório e se propõe a harmonizar tutela de direitos fundamentais e democracia, bem como superar a problemática confiança antropológica nas tradições. Ainda assim, contudo, além da falácia de que procedimentos se veriam isentos de alguma substancialização principiológica, em países de cidadania enfraquecida, brutal desigualdade social, instituições ineficazes e com boa parte da população relegada à formalidade do voto sem ter protegidas sequer as condições sociais mínimas de autonomia pública e privada é difícil crer na sua viabilidade, embora muitas de suas contribuições – destacando-se a valorização da ação humana pela via do discurso – mereçam, senão incontestemente acolhimento, especial atenção.

⁴⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos*. Tradução por Gisele Cittadino e Maria Celina Bodin de Moraes da versão espanhola *Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos*, capítulo 5 do livro *La constelación posnacional*, Madrid, Editorial paidós, 2000. E ainda: HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento. In: *Novos estudos CEBRAP*. Trad. de Márcio Suzuki. São Paulo, n.º 26, março, 1990. Sobre os direitos fundamentais em Habermas confira-se NASCIMENTO, Rogério Soares do. A ética do discurso como justificação dos direitos fundamentais na Obra de Jürgen Habermas. In: *Legitimação dos direitos humanos*. Lobo Torres (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 451-498.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Soberania popular como procedimento*, p. 322.

Tudo considerado, embora sem pretender análise exauriente da dinâmica das múltiplas orientações políticas, é ver que tanto a perspectiva comunitária como a liberal e a procedimentalista sustentada, de maneira peculiar e, ao que tudo indica, com maior sofisticação, por Habermas, revelam a comum crença numa normatividade autônoma da constituição.

Não se ignora, em momento algum, a óbvia existência de uma dimensão normativa, por menor que seja, na só referência ao direito ou à moral. Ao acentuarmos a crença na força normativa autônoma do direito nas perspectivas citadas objetivamos salientar, tão somente, a ênfase especial que se tem conferido à dimensão normativa da constituição e à sua “espetacular” capacidade de regulação das vicissitudes do mundo.

2.2

A normatividade autônoma na base da teoria constitucional pós-1945: Hesse, Häberle, Müller e Zagrebelsky

A restauração da pretensão normativa autônoma no âmbito da teoria constitucional pós-1945 não se evidencia apenas na dinâmica do fenômeno jurídico-político. Na tradição romano-germânica que entre nós se difundiu por autores como Hesse, Müller e Häberle ela se mostra bem clara e a tônica de seu discurso é enfatizada e resumida no quadro elaborado por José Ribas Vieira no artigo *A contribuição das trajetórias constitucionais americana e alemã para redefinir o conceito de Constituição pós-45*⁴⁶ e que aqui tomamos de empréstimo, acrescentando-se, mas adiante, referências a Gustavo Zagrebelsky:

QUADRO 1: CONSTITUCIONALISTAS ALEMÃES PÓS-45 SOBRE O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO E FATORES DE SUA CONTEXTUALIZAÇÃO SOCIAL

Variáveis/Autores	Hesse	Müller	Häberle
Obra	A força normativa da constituição	Métodos de trabalho do direito constitucional	Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta
Data	1959	1972	1975
Ciência Constitucional	Valorizada, prevalente é o “sollen”	É um dos elementos na concretização da norma – a teoria da constituição	Filtragem Constitucional

⁴⁶ RIBAS VIEIRA, José (org.), *Perspectivas da teoria constitucional contemporânea*, p. 197-209.

Variáveis/Autores	Hesse	Müller	Häberle
Intérpretes	Rechtfrage <i>versus</i> Machtfrage (Direito <i>versus</i> Poder)	Concretizadores – igualdades dos entes públicos competentes e presença dos atingidos	Predomina o papel do juiz
Papel da Constituição	Jurídico como guia da constituição aberta	Dado de entrada de um conjunto de prescrições a serem concretizadas em cotejo com seu âmbito	Fundamentos da teoria constitucional na filtragem constitucional
Foco da doutrina	Controle da constitucionalidade das normas/leis	Controle e método de decisões judiciais em sede	Controle da Constitucionalidade das normas/leis

Esclareça-se que embora outros autores contribuam para o desenvolvimento do constitucionalismo pós-1945 – poder-se-ia adicionar, por exemplo, os mestres lusitanos e espanhóis – selecionamos textos de Hesse, Häberle, Müller e Zagrebelsky porque serviram e têm servido de base à construção da teoria constitucional pós-1945 na tradição romano-germânica e, em específico, ao pensamento brasileiro sob a Constituição de 1988. Além disso, neles se detecta o momento inicial da onda neoconstitucionalista que, nos últimos anos, com a aproximação das teorias do direito e da constituição, desenvolve e dissemina os pressupostos da construção jurídica levada a efeito a partir da segunda metade do século XX.

Não nos detivemos no exame do dirigismo constitucional de Canotilho, autor de inegável influência na doutrina brasileira, por ser bastante conhecida, entre nós, suas obras e teses, bem assim por se inspirar e se compatibilizar o autor com a tradição e a teoria expressas nos textos acima indicados. Registre-se, tão somente, que o autor de *Constituição dirigente e vinculação do legislador*⁴⁷, de 1982, com a flexibilização e as inserções de idéias veiculadas no prefácio à 2ª edição do livro, em 2001,⁴⁸ muitas delas indicativas de conclusões que se divisarão aqui, embora por caminho distinto, continua a assentar suas reflexões na confiança de uma normatividade constitucional autônoma. É ler:

(...) a Constituição dirigente era um projeto da modernidade (...).

Quer queiramos quer não, quanto a essa Constituição dirigente temos de ser humildes e dizer que ela acabou. Mas isto não pode significar que sobreviveram algumas dimensões importantes da programaticidade constitucional e do dirigismo constitucional (...).

Portanto, quando se colocam essas questões de ‘morte da constituição’, o importante é averiguar por que é que se ataca o dirigismo constitucional. Uma

⁴⁷ CANOTILHO, J. J. G., *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 1982.

⁴⁸ Id., *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2001.

coisa é dizer que estes princípios não valem e outra é dizer que, afinal de contas, a constituição já não serve para nada, já não limita nada. O que se pretende é uma coisa completamente diferente da problematização que vimos efectuando: é escancarar as portas dessas políticas sociais e econômicas a outros esquemas que, muitas vezes, não são transparentes, não são controláveis. Então eu digo que a constituição dirigente não morreu.⁴⁹

Não se fará exame detalhado da vasta produção teórica de cada autor. Buscar-se-á, em vez disso, idéias centrais lançadas em textos ou livros que, pelo menos no cenário brasileiro, têm inegável difusão.

Voltemo-nos, inicialmente, para *Hesse* e sua obra de referência sobre a normatividade específica ou autônoma da constituição.

Konrad Hesse, criticando o isolamento entre realidade fática e normatividade – que, no seu entender, seria postulado por Jellinek, Schmitt e, em especial, Ferdinand Lassalle – argumenta que esses elementos se condicionam reciprocamente, conferindo à constituição, não sem limitações, força normativa autônoma, força própria motivadora e ordenadora da vida social.

Segundo Hesse “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade (...) sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, na circunstância de que a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”.⁵⁰ A pretensão de eficácia (vigência) implica vinculação às condições históricas de sua realização e ao elemento valorativo, ou “substrato espiritual”, de um determinado povo. Isso opera, na visão do autor, como um limite à constituição jurídica ou normativa, pois não é possível descartar o real. Não se cuida, todavia, apenas de uma espécie de adaptação inteligente à realidade:

A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. Tal como exposto por Humboldt alhures, a norma constitucional mostra-se eficaz, adquire poder e prestígio se for determinada pelo princípio da necessidade. Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida. Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade.⁵¹ (grifou-se)

A constituição pode impor tarefas e, dessa sorte, consubstanciar, ela mesma, uma força ativa se existir a disposição de orientar efetivamente a própria conduta

⁴⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.), *Canotilho e a constituição dirigente*, 2003, p. 14 e 31.

⁵⁰ HESSE, K., op. cit, p. 14.

⁵¹ Ibid., p. 18-19.

segundo a ordem nela estabelecida, ou seja, se houver o que Hesse denomina vontade de constituição, originada de três vertentes:

(...) na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita estar em constante processo de legitimação). Acrescenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana.⁵² ”⁵³ (grifou-se)

Interessante observar que a vontade de constituição, a disposição de orientar a própria conduta de acordo com a constituição, é um elemento fático, sujeito à dimensão do conflito e que, em Hesse, acaba neutralizada pela sua própria origem: (i) compreensão da necessidade de uma ordem inquebrantável, (ii) que não se legitima por fatos e (iii) que depende de a vontade ser exercida sobre algo que, em si mesmo, já é capaz de força normativa.

Não bastasse esse limite consistente em se se assentar a constituição jurídica sobre a realidade, indica Hesse, também, dois pressupostos da constituição: de conteúdo e de práxis.

No que tange ao *conteúdo*, assevera que a constituição pode estar vinculada a elementos sociais, políticos, econômicos e espirituais (axiológicos) de tal modo que, alterados esses, ela também se modifica, mantendo-se como força ativa autônoma. Assim, de acordo com o autor, quanto mais se aproximar a substância da constituição da realidade mais se desenvolverá, em segurança, sua força normativa. Isso depende, todavia, de se estabelecer uma constituição sintética, limitada, se possível, “ao estabelecimento de alguns *poucos princípios fundamentais*, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sócio-política, mostre-se em condições de ser desenvolvido”⁵⁴. E mais, a Constituição deve ser capaz de incorporar, mediante ponderação, estruturas que lhe são mesmo contrárias. No dizer de Hesse:

Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos

⁵² Ibid., p. 19-20.

⁵³ HESSE, K., loc. cit.

⁵⁴ Ibid., p. 21.

fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder (...).⁵⁵

Quanto à *práxis*, cuida-se de observar a vontade de constituição, tendo em vista que quem sacrifica um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional fortalece o respeito à constituição. Daí ser perigoso para a normatividade constitucional a revisão constante e ser “a estabilidade condição fundamental de eficácia da Constituição.”⁵⁶

Com base nisso Hesse sustenta que, embora a constituição jurídica esteja condicionada pela realidade histórica e que a pretensão de eficácia de suas normas somente possa ser realizada se observada essa realidade, ela logra conferir forma e modificação à vida social, sendo nas situações de necessidade e emergência que ela tem a oportunidade de se impor e fazer valer sua preponderância sobre os elementos puramente fáticos:

Se os pressupostos da força normativa encontram correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configurara verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as investidas do arbítrio (...) Importante, todavia, não é verificar, exatamente durante o estado de necessidade, a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento normativo, mas, sim, constatar, nesse momento, a superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas.⁵⁷

Da breve síntese que se vem de apresentar extrai-se que a *reciprocidade* de Hesse atesta, tão só, a contextualização da normatividade da constituição, isto é, a necessidade de se ver o dado normativo sobre uma base fática exterior. A normatividade específica da constituição caminha, por assim dizer, ao lado da realidade e com ela mantém constante troca.

Disso não se distanciam Härberle e Müller.

Segundo *Häberle*, a cultura, numa acepção descritiva, tem seu núcleo formado por um conjunto complexo de conhecimentos, crenças, artes, leis, costumes e usos sociais que, por um lado, decorrem de certas ações e, de outro, as condicionam. Os elementos mais relevantes para estabelecer a noção de cultura, entretanto, devem ser apresentados numa acepção multidimensional: em *nível histórico*, a tradição, o legado social; em *nível normativo*, regras e usos sociais,

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Ibid., p. 22.

⁵⁷ Ibid., p. 25.

incluindo valores e ideais de conduta; em *nível psicológico*, adaptação superadora de problemas, processo de aprendizagem; em *nível estrutural*, como símbolo ou como modelos de organização da própria cultura⁵⁸. Há, assim, na seara da cultura, aspectos tradicionais, inovadores – consistentes no desenvolvimento da tradição – e plurais, uma vez que diferentes grupos humanos produzem tradição e a inovam.

Sob essa inspiração, Härberle sustenta que a teoria constitucional faz referência constante a um arquétipo – a constituição democrática no ocidente – que se compõe de elementos ideias, reais, estatais e sociais voltados a alcançar a realização ótima de um *dever-ser*, a saber: (i) a dignidade humana derivada da cultura de todo um povo e de direitos humanos universais, entendidos como vivências de um povo que obtém sucesso na consolidação de sua identidade na tradição histórica e nas suas próprias experiências, representando esperanças na forma de desejos e aspirações para o futuro; (ii) soberania popular como forma de identificação por colaboração que se renova de forma cada vez mais aberta e responsável; (iii) a constituição como pacto, sobre o qual se formula objetivos pedagógicos e valores de orientação possíveis e necessários; (iv) divisão de poderes no âmbito estatal e social; (v) Estado de Direito e Estado Social de Direito, nos quais se mantêm uma cultura constitucional aberta, que sustenta o pluralismo como verdadeiro princípio.⁵⁹

A constituição, dessa sorte, num regime democrático,

no se limita sólo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural e fundamento de esperanzas y deseos.

Las Constituciones de *letra viva*, entendiendo letra viva aquellas cuyo resultado es obra de todos los intérpretes de la sociedade abierta, son en su fondo y en su forma expresión e instrumento mediador de cultura, marco reproductivo y de recepciones culturales, y depósitos de futuras ‘configuraciones culturales, experiencias y vivencias, y saberes.’⁶⁰

E mais:

La Constitución es pues, sobre todo, expresión viva de un *statu quo* cultural ya logrado que se halla en permanente evolución, un medio por el que el pueblo pueda

⁵⁸ HÄBERLE, P., *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, p. 25.

⁵⁹ Ibid., p. 33-34. Ver, também: HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Trad. Ignacio Gutiérrez. Madrid: Trotta, 1998.

⁶⁰ Ibid., pp. 34-35.

encontrarse a sí mismo a través de su propia cultura; la Constitución es, finalmente, fiel espejo de herencia cultural y fundamento de toda esperanza.⁶¹

A constituição e o direito como um todo são apenas um aspecto do universo cultural e a “aceptación de una Constitución (...) nunca presupone, de por si, garantía alguna de que el Estado constitucional se encuentre ‘de hecho’ realizado *hier et nunc* (...)”:⁶²

la realidad jurídica de todo Estado constitucional es tan sólo un fragmento de la realidad de toda Constitución viva, que a lo largo y ancho de su texto y contexto no es sino una de sus formas culturales. De ahí que los propios textos de la Constitución deban ser literalmente cultivados (la voz cultura como sustantivo procede del verbo latino *cultivare*) para que devengan auténtica Constitución.⁶³

A normas da constituição, destarte, densificam um agregado cultural mais amplo que, nos termos do que se expôs até aqui, são para Häberle um “concepto extrajurídico de Constitución (...)”,⁶⁴ sobre o qual se manifesta uma cultura constitucional. A constituição consubstancia, nesses termos, um processo público cultural e é desvendada, de acordo com o autor, por uma interpretação pedagógica. Cláusulas de permanência outra coisa não objetivariam, nesse contexto, senão preservar e ampliar para o futuro legados sociais apreendidos pelo povo.

A constituição democrática estaria, então, para Häberle, arrimada num processo político que, ao longo de gerações, vem se consolidando no ocidente. E, dessa forma, diferencia-se da mera constituição política, ainda que, historicamente, essa possa preceder a constituição cultural hoje sedimentada e em constante densificação.

A interpretação/hermenêutica constitucional, seguindo Häberle, deve se voltar para essas especificidades culturais, colocar o ato normativo no tempo e integrá-lo à realidade pública. Mas, salienta o próprio autor, não constitui espécie de “varita mágica que resuelva en un abrir y cerrar de ojos cualesquiera problemas hermenéuticos (...)”:⁶⁵

A relação entre constituição e vida leva Häberle a direcionar o olhar aos agentes conformadores da “realidade constitucional”, isto é, a quem a interpreta, e

⁶¹ Ibid., p. 145.

⁶² Ibid., p. 35.

⁶³ Idem.

⁶⁴ Ibid., p. 36.

⁶⁵ Ibid., p. 47.

não apenas à indagação referente às tarefas e métodos da interpretação. Sustenta que no processo de interpretação constitucional participam indivíduos, grupos e órgãos estatais, em síntese, todas as potências públicas, não sendo possível estabelecer um elenco cerrado de intérpretes, tendo em vista que “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la.”⁶⁶

Não restringe a interpretação, portanto, ao um sentido estrito – dirigida à explicitação de sentido de uma norma, de um texto – mas a amplia em direção à atualização da constituição, na qual os operadores do direito apenas detêm primazia, mas não exclusividade. Aspira a obter uma “interpretação orientada pela realidade democrática”, fazendo plural tanto a formação como o desenvolvimento do direito ao mesmo tempo em que reconhece que o intérprete também está inserido na esfera pública e na realidade.

Os métodos e princípios servem para disciplinar – ao mesmo tempo em que são disciplinados – o processo de interpretação. Ademais, atuam como filtros da opinião pública, “filtros sobre os quais a força normatizadora da publicidade (...) atua e ganha conformação”.⁶⁷ Os tribunais constitucionais devem zelar por esse processo e para manter a integração social pela constituição.

Postula Häberle, ainda, que a “democracia do cidadão está muito próxima da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca.”⁶⁸

Reforça o autor a noção de constituição como um processo público.

Há, sem dúvida, inegáveis ganhos nessa concepção, ampliando-se significativamente o entendimento do fenômeno jurídico-político ao se abrir a norma à realidade e ao poder. O que Häberle chama de forças pluralistas da sociedade, que “representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição”,⁶⁹ são incorporadas, pela via da interpretação, à própria constituição, que atua como um *espelho do real*. Todavia, assevera o autor, a constituição “não é (...) apenas um espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a

⁶⁶ HÄBERLE, P., *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*, p. 13.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 43 e 44.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 38.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 33.

própria fonte de luz (...). Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente”⁷⁰ (grifou-se).

A específica normatividade constitucional, ainda que mitigada, em Häberle, pela integração do direito no âmbito cultural, perdura na forma da reciprocidade. Norma e vida, por mais próximas que se possam encontrar na teoria do autor, continuam separadas. O elemento jurídico-normativo é visto, sem dúvida, como parte do real, mas mantém sua autonomia, sua força ativa, conduzindo à crença de uma imprescindível força emancipatória do direito – leia-se: da constituição.

Também *Friedrich Müller* nos serve de exemplo do tratamento que a teoria constitucional pós-1945, não sem conquistas e importantes construções, confere à tensão entre norma e realidade: reciprocidade.

Pretende Müller, por sua *metódica*, termo que abrange hermenêutica, interpretação, métodos de interpretação e metodologia, conscientizar os operadores do direito da relevância de suas formas de trabalho. Faz isso a partir de uma crítica da teoria tradicional da interpretação, calcada na lógica silogística de resolução de casos, e da atuação do Tribunal Constitucional Federal alemão nas questões concernentes aos direitos fundamentais, notadamente quanto ao tratamento axiológico desses direitos.

Müller se volta à normatividade constitucional específica para desenvolver sua *metódica* concretizadora e, como Häberle, admite um círculo mais amplo de intérpretes da constituição para sustentar que a

tarefa da práxis do direito constitucional é a concretização da constituição por meio da instituição configuradora de normas jurídicas e da atualização de normas jurídicas no Poder Legislativo, na administração e no governo; ela é a concretização da constituição que primacialmente controla, mas simultaneamente aperfeiçoa o direito na jurisprudência, dentro dos espaços normativos.⁷¹

Esclarece o autor que se deve separar a norma do texto da norma, distinguindo-se o programa da norma e o âmbito da norma, o teor literal e a normatividade. É bastante trabalhoso explicitar, em poucas linhas, toda a tese do autor. Naquilo que aqui nos interessa, entretanto, é ver que Müller, na linha da reciprocidade de Hesse, ensina que o

teor literal da norma expressa o ‘programa da norma’, a ‘ordem jurídica’ tradicionalmente assim compreendida. Pertence adicionalmente à norma, em nível

⁷⁰ Ibid., p. 34.

⁷¹ MÜLLER, F., *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 36.

hierárquico igual, o ‘âmbito da norma’, i. é, o recorte da realidade social na sua estrutura básica que o programa da norma ‘escolheu’ para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação (...). O âmbito da norma pode ter sido gerado (prescrições referentes a prazos, datas (...) regras institucionais e processuais) ou não-gerado pelo direito.⁷²

A realidade encontra expressão no direito apenas em parte, recortada, podendo por ele também ser gerada. Revela-se, aí, portanto, ainda que já se sustente uma certa correspondência originária entre normatividade e vida, a vinculação de Müller à concepção teórica pós-1945 de uma normatividade autônoma da constituição. Segundo Müller, o âmbito da norma, isto é, o fragmento do âmbito material destacado pelo programa da norma “transcende a mera facticidade de um recorte da realidade extrajurídica (...) não é (...) uma ‘força normativa do fático’.”⁷³

Isso resta mais claro quando o próprio Müller, após analisar o que denomina elementos de concretização da norma, com especial atenção para a norma constitucional, conclui que o trabalho do direito constitucional está embebido em pontos de vista de política constitucional, mas

com isso nem o caráter vinculante do direito constitucional, lá onde ocorreu uma pré-decisão normativa, nem a racionalidade e objetividade exigidas pelo Estado de Direito, até onde ela é em princípio possível na ciência jurídica, devem ser questionados.⁷⁴

Não se pode desconhecer, no entanto, que Müller já apresenta uma visão transformadora da compreensão da reciprocidade entre norma e realidade expressa nas noções de força normativa, força ativa ou normatividade autônoma da constituição. A normatividade – explícita no texto que se encontra no apêndice da 3ª edição de seu *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional* (Concretização da Constituição) – “não é nenhuma propriedade substancial dos textos no código legal, mas um processo efetivo, temporalmente estendido, cientificamente estruturável”,⁷⁵ a saber: “o efeito dinâmico da norma jurídica, que influi na realidade que lhe deve ser atribuída (normatividade concreta) e que é influenciada por essa realidade (normatividade materialmente determinada).”⁷⁶

Acrescente-se aos autores citados *Gustavo Zagrebelsky*.

⁷² Ibid., p. 42.

⁷³ Ibid., p. 44.

⁷⁴ Ibid., p. 90.

⁷⁵ Ibid., p. 130.

⁷⁶ Idem.

O autor, que abre sua obra *El derecho dúctil* afirmando que os grandes problemas jurídicos jamais se encontram nas constituições, nos códigos, nas leis ou nas decisões dos juízes, mas em outro âmbito, naquilo que está pressuposto e além do direito,⁷⁷ é categórico ao afirmar que “las Constituciones contemporaneas intentam poner remedio a estos efectos destructivos del ordenamiento jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador.”⁷⁸

Zagrebelsky vê na constituição a função normativa ampla que no início mencionamos, a integração social,⁷⁹ sem, com isso, querer impor a constituição como uma nova figura abstrata de soberano. O autor é sensível ao fato de a unidade promovida pela constituição ser de caráter compromissário, tendo em conta a fragmentariedade, a série de divisões que caracterizam o Estado na segunda metade do século XX.

Vislumbra, sem embargo, sua normatividade autônoma ao tratar da dualidade entre lei e direito manifestada na concepção francesa de direitos – “estatalista, objetivista y legislativa” – e norte-americana – “preestatalista, subjetivista y jurisdiccional”.⁸⁰

A atual constituição de matriz européia, para Zagrebelsky, se situa entre ambas concepções. Atribui dignidade constitucional tanto à lei como aos direitos. Obsta, ao mesmo tempo, um jusnaturalismo centrado na supervalorização dos direitos e a concepção que supervaloriza a lei. A constituição, dessa sorte, não consubstancia só manifestação de poder. Na visão constitucionalista pós-1945 do autor se destaca

la capacidad de la Constitución, planteada como *lex*, de convertirse en *ius*; fuera de formalismos, em la capacidad de salir Del área Del poder y de lãs frías palabras de un texto escrito para dejarse atraer a la esfera vital de las convicciones y de las ideas queridas, sin las cuales no se puede vivir y a las que se adhiere con calor.⁸¹

⁷⁷ ZABREBELSKY, G., *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, p. 9: “Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto. Por ello, los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del ‘derecho positivo’ con las que los juristas trabajan, ni nunca han encontrado allí solución. Los juristas saben bien que la raíz de sus certezas y creencias comunes, como la de sus dudas y polémicas, está en otro sitio. Para aclarar lo que de verdad les une o les divide es preciso ir más al fondo o, lo que es lo mismo, buscar más arriba, en lo que no aparece expreso.”

⁷⁸ *Ibid.*, p. 39.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 40: “En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad.”

⁸⁰ *Ibid.*, p. 58.

⁸¹ ZABREBELSKY, Gustavo. *La ley, el derecho y la Constitución*, p. 23.

A constituição não pode ser deixada ao mundo exclusivo das leis ou posta em seu lugar, como fonte mais alta e abstrata. De acordo com Zagrebelsky, devemos fazê-la “*fuerza constitutiva de um idem sentire político, difundido em todos los estratos sociales*”, de modo que esteja presente em todas as relações interpessoais, nos pequenos grupos, na coletividade que conforma o Estado e, mais além, em contextos transnacionais, difundindo princípios e valores universais.

Esse o ponto de partida de Zagrebelsky: uma constituição que dirige a vida, mas que se encontra aberta, flexível; que não traça um projeto de vida em comum, mas estabelece suas condições de possibilidade. Sobre ele o autor sustenta a imprescindibilidade de se resgatar o processo histórico – numa linha semelhante à noção de cultura de Häberle – na compreensão da teoria constitucional.⁸²

Nada disso obstante, ao se dirigir à história, Zagrebelsky, não sem alguma ambigüidade, avança em direção à superação da normatividade autônoma da constituição. Para Zagrebelsky, nos últimos anos a absoluta presunção de legitimidade da constituição vem perdendo força. Já não se deve construir o pensamento, sustenta o autor, a partir da constituição em direção à vida. Antes, o ponto de início da reflexão há de ser o próprio real, invertendo-se o sentido do vetor: da realidade à constituição:

há caído la presunción absoluta de legitimidad de la constitución. Su valor ya no es un *a priori* de la vida política y social. Se ha operado un derribo que no condena necesariamente la constitución, pero que le impone una conversión: ya no es desde la constitución desde onde se puede mirar la realidad, sino que es desde la realidad donde se debe mirar la constitución. (...)

La legitimidad de la constitución depende entonces de quien la ha hecho y ha lablado por medio de ella, sino de la capacidad de ofrecer respuestas adecuadas a nuestro tiempo (...). En resumen: la constitucion no dice, somos nosotros los que la hacemos decir.

Mantém o autor, assim, a realidade como exterior, como dado paralelo ao normativo.

⁸² Expresso nesse sentido ZABREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Mima Trotta, 2005. O texto original, publicado na Itália, é do ano de 1996. Conceção similar se encontra na teoria norte-americana em autores como Stephen Griffin, Bruce Ackerman, Mark Tusnet e Cass Sustein. Excelente resumo sobre o tema se lê em DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. (Orgs.). *Teoria da Mudança Constitucional. Sua Trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

Zagrebel'sky e todos os autores aqui mencionados, no entanto, ainda que apresentem especificidades e, por vezes, já avistem a insuficiência da normatividade autônoma da constituição – e sua reciprocidade – tem-na como imprescindível referência.

Mudanças do cenário sócio-político-econômico neste início de século estão a exigir, contudo, uma postura crítica em face da crença na específica força normativa da constituição, ou seja, na normatividade autônoma que lhe assegura a teoria pós-1945.

2.3

Normatividade autônoma em crise

A globalização crescente das últimas décadas do século XX traz à tona mudanças no cenário político, econômico e cultural. As fronteiras dos Estados-nação e de sua soberania são esgarçadas pela força do capital financeiro, expandindo-se, em anos recentes, o projeto neoliberal. Vive-se, no limiar do século XX, numa sociedade do risco que vê emergir uma nova articulação da soberania e dos meio de produção da vida: o Império.

A coerção é reorganizada e a guerra consubstancia recurso e lógica constante de poder no Império,⁸³ em especial por parte de seu principal agente, os Estados Unidos, que, sob o impacto do 11 de setembro de 2001, não titubeiam em se utilizar de medidas de exceção que ano após ano vem adquirindo inevitável⁸⁴ permanência. Ressurge o discurso de que a estabilidade apenas é assegurada pela aplicação de poderes e métodos de exceção.

O ataque do dia 11 de setembro, o atentado ao sistema metroviária inglês, a recente determinação do *l'etat d'urgence* na França (2005), as ondas de violência

⁸³ É ler HARDT, M.; NEGRI, A., *Multitude*, 2004; HARDT, M.; NEGRI, A., *Império*, 2004; NEGRI, A., *Cinco lições sobre Império*, 2003. Também: GUIMARAENS, Francisco de. *O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri: um conceito muito além da modernidade hegemônica*. Dissertação de mestrado. Orientador Carlos Alberto Plastino; Co-orientador Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2002.

⁸⁴ A “inevitabilidade” e permanência seriam inerentes à própria noção de terrorismo. Segundo Bruce Ackerman os ataques terroristas farão parte do futuro ocidental, requerendo, urgentemente, novos conceitos constitucionais para assegurar a democracia e proteger as liberdades civis. No seu entender, “o projeto auto-consciente de um regime de emergência talvez seja a melhor defesa disponível contra um ciclo de pânico-dirigido de permanente destruição”: ACKERMAN, B., *The emergency constitution*, p. 1029.

no Estado de São Paulo em meados de 2006 e, nos últimos dias de dezembro desse ano, no Estado do Rio de Janeiro, a manutenção da exploração econômica e do programa neoliberal nos governos dos países ocidentais acentuam a tensão do modelo de Estado Democrático que tem na constituição seu instrumento político-jurídico para superar os problemas da vida em sociedade e no tribunal constitucional seu guardião.

Achamo-nos ante um cenário político e econômico global-nacional, gerador de dominação, propagador de violência e contrário à criatividade constituinte do ser humano, que revela características semelhantes às encontradas em estados de exceção, emergência ou sítio da primeira metade do século XX, nos quais os preceitos fixados na ordem jurídica, embora vigentes, não são efetivados. Reafirma-se a lógica da insuficiência do regime democrático.

Bastante interessantes são as referências de Hardt e Negri.

Este novo alicerce de legitimidade inclui novas formas e novas articulações do exercício da força legítima (...) Essa espécie de intervenção continua, portanto, ao mesmo tempo oral e militar, é realmente a forma lógica do exercício da força, que deriva de um paradigma de legitimação baseado num Estado de exceção permanente e de ação policial. As intervenções são sempre excepcionais, apesar de ocorrerem continuamente; elas tomam a forma de ações policiais, porque são voltadas à manutenção da ordem interna. Dessa forma, a intervenção é um mecanismo eficaz que mediante ações policiais contribui diretamente para a construção da ordem moral, normativa e institucional do Império.⁸⁵ (grifou-se)

A problemática se intensifica se nos ativermos ao cenário brasileiro. Afinal, não são estranhas as características da anunciada *situação de exceção permanente* num país marcado pela inoperância da legislação protetora dos direitos fundamentais, pela concentração de poder no Executivo, pela sucessão de planos milagrosos para salvar a economia, por ocupar a periferia do capitalismo, pela acumulação do capital estruturada na exploração do subdesenvolvimento e que se vê governado por uma lógica de exceção permanente⁸⁶ e por uma crescente retórica do binário medo/segurança.⁸⁷

Vivemos, segundo Denninger, num momento histórico de reorganização do projeto constitucional da modernidade. A constelação liberdade, igualdade e

⁸⁵ HARDT, M.; NEGRI, A., *Império*, p. 57.

⁸⁶ Bercovici vislumbra entre nós um estado de exceção econômica permanente. Cf. BERCOVIVI, G., *Constituição e Estado de exceção permanente: Atualidade de Weimar*, 2004.

⁸⁷ É significativo nesse sentido haver se decidido no referendo do dia 23 de outubro pela manutenção do comércio de armas de fogo no Brasil.

fraternidade dá lugar a outra: segurança, diferença e solidariedade⁸⁸.

Isso não obstante, a nova tríade não deve ser compreendida nem como “valores básicos’ para uma nova geração de textos constitucionais”⁸⁹ nem como um novo conjunto de ideais constitucionais ou como um modelo de uma política internacional de direitos humanos – e nisso nos distanciamos de Denninger. Trata-se, antes, de um desafio decorrente das alterações do processo histórico que, no capítulo que se segue, tentaremos exemplificar reportando-nos à situação de exceção permanente.

Crer na força normativa autônoma das constituições, na sua capacidade reguladora da vida conforme propugna a teoria pós-1945, é bastante difícil – e talvez leviano – no início deste milênio. Direitos fundamentais são vilipendiados e por vezes, servem para encobrir e legitimar sua própria violação. A jurisdição constitucional, as novas técnicas hermenêuticas e as próprias constituições não podem, por si, autonomamente, fazê-los efetivos, quer em escala local quer em nível mundial. Não é sem motivo que Canotilho discorre sobre uma possível mudança na maneira de compreender a constituição dirigente. Segundo o autor:

a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias (...) Contra os que erguem as normas programáticas a ‘linha de caminho de ferro’ neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de Direito, democráticos e sociais.⁹⁰

Ainda quando prevalecem os direitos é duvidoso que isso se tenha conseguido sem ação política, pela imposição da força ativa da constituição ou de tratados e normas internacionais que, simbolicamente, são por vezes a ela equiparados ou integrados. Nem se pode dizer que houve uma vontade de constituição, na linha de Konrad Hesse, uma vez que o agir da multidão, via de regra, não se volta a implementar algo já garantido pela norma, mas a instituir possibilidades que não se apresentam à mente sem uma boa dose de impulso

⁸⁸ DENNINGER, Erhard. *‘Segurança, Diversidade e Solidariedade’ ao invés de ‘Liberdade, Igualdade, Fraternidade’*, 2003. Em sentido contrário: HABERMAS, Jürgen. *Remarks on Erhard Denninger’s triad of diversity, security and solidarity*, 2000, pp. 524 e ss. E ainda: ROSENFELD, Michael. *American Constitutionalism Confronts Denninger’s New Constitutional Paradigm*, 2000.

⁸⁹ DENNINGER, Erhard. *‘Segurança, Diversidade e Solidariedade’ ao invés de ‘Liberdade, Igualdade, Fraternidade’*, p. 44.

⁹⁰ CANOTILHO, J.J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 2001, prefácio.

criativo e emancipador.⁹¹

A normatividade autônoma da constituição revela, na sua estrutura, a característica que Zizek, citando Alain Badiou, atribuiu ao século XX: a *paixão pelo real*⁹². Pretende manter contato pleno com a realidade, mas, ao enfrentá-la, manifesta certa repugnância pelo que está diante de si e se isola na mera reciprocidade. Almeja emancipação e conquistas por intermédio de sua capacidade regente, mas, confrontada com o real, transmuta-se em imobilidade.

A solução da aporia, na linha de Zizek, não está no movimento de descortinar a aparência ou, traduzindo para nossos propósitos, em simplesmente abandonar a força normativa, a normatividade autônoma, e desvendar a realidade que sob ela se esconde. Tudo indica ser a eventual resposta mais complexa:

Geralmente dizemos que não se deve tomar ficção por realidade (...). Aqui a lição da psicanálise é o contrário: *não se deve tomar a realidade por ficção* – é preciso ter capacidade de discernir naquilo que percebemos como ficção, o núcleo duro do Real que só temos condições de suportar se o transformarmos em ficção. Resumindo, é necessário ter a capacidade de distinguir qual parte da realidade é ‘transfuncionalizada’ pela fantasia, de forma que, apesar de ser parte da realidade, seja percebida num modo ficcional. Muito mais difícil do que denunciar ou desmascarar como ficção (o que parece ser) a realidade é reconhecer a parte da ficção na realidade ‘real’.⁹³

A normatividade, portanto, não precisa ser abandonada, mas reconstruída ou mesmo “recompreendida”.

A normatividade na versão pós-1945, como força ativa própria, outra coisa não é senão a construção de um período histórico cada vez mais chocada pela realidade que nele mesmo se produz. Seguindo o paradoxo de Zizek, trata-se de uma *ficção real*. Esclareça-se: (i) o núcleo *duro do real* consiste em saber que a constituição (metonímia contemporânea do próprio direito), por si só, em nada afeta e dirige a vida (e esse parece haver sido o grande trauma da primeira metade do século XX e que ainda perdura); (ii) afigurando-se insuportável a “descoberta”, transmuta-se, transfuncionaliza-se esse dado real de modo que a incapacidade

⁹¹ A multidão, esclarecem Hardt e Negri, teria pelo menos três demandas no contexto hodierno: cidadania global como direito de controle do movimento num espaço mundializado; um salário social e uma renda garantida para todos; um direito à reapropriação (um *telos*) caracterizado por cinco aspectos: controle do sentido, do significado e das redes de comunicação; controle de máquinas, de tecnologia; criação coletiva da história; complexidade da vida; poder constituinte, o produto da imaginação criadora da multidão. Cf. HARDT, M.; NEGRI, A., *Império*, p. 421-437.

⁹² ZIZEK, Slavoj. Bem-vindo ao deserto do real: cinco ensaios sobre o 11 de setembro e datas relacionadas. 1ª reimpressão. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 19 et seq.

⁹³ Ibid., p. 34.

regulatória da constituição é vista como *ficção*. Para simplificar o percurso cria-se a idéia de força normativa da constituição ou, como preferimos, de normatividade específica ou autônoma.

Tudo aponta, então, no sentido de que se faz necessária uma nova categoria para compreender os novos tempos. A exceção permanente, acreditamos, permitirá entender de maneira adequada porque as pretensões normativas da teoria pós-1945, que influenciou – e influencia – a Constituição brasileira de 1988, não se concretizam. Deixará entrever, de igual modo, algumas incongruências da democracia liberal capitalista, conforme bem apontam Domênico Losurdo – para quem a tradição liberal, marginalizadora e elitista, é contrária à democracia⁹⁴ – e Ellen Wood, a qual, seguindo a tradição marxista ortodoxa, sustenta a também manifesta contradição entre democracia e capitalismo⁹⁵.

A exceção permanente, em síntese, nos levará a refletir sobre a possível insuficiência da teoria pós-1945 que, atada à normatividade autônoma da constituição, mantém uma indesejável ficção que dificulta a abertura do pensamento constitucional às influências do poder, à complexidade das relações humanas e à incorporação do processo histórico e da política.

Antes, contudo, mister esclarecer o contexto histórico de exceção que reivindica essa nova categoria. Isso será realizado no capítulo que se segue, já salientamos, referindo-se, brevemente, a cinco noções-chave: globalização, risco, estado de guerra, Império e neoliberalismo.

⁹⁴ Ver LOSURDO, Domenico, *Democracia ou bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal*, 2004.

⁹⁵ WOOD, Ellen Meiksins. *Democracia contra capitalismo: a renovação do materialismo histórico*, 2003.